

LA TENSIÓN ENTRE LOS DERECHOS A LA LIBRE INFORMACIÓN Y A LA PROPIA IMAGEN EN LA ERA DE INTERNET

The tension between the rights to free information and self-image in the internet age

Dra. Silvia Díaz Alabart

Catedrática Emérita de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid (España)
Académica de la RALJ de España
sildial@der.ucm.es

Resumen

La tensión entre el derecho a la propia imagen y a la libre información deriva de la oposición esencial entre los intereses protegidos con cada uno de ellos. En España hay ya una amplia jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional que se ocupa de cuál de ellos dos debe prevalecer en caso de conflicto. No obstante, la implantación de las nuevas tecnologías, en particular del amplio uso de las redes sociales en las que son los propios usuarios quienes vierten en ellas todo tipo de imágenes hace preciso replantearse si hoy son o no adecuadas las normas vigentes de protección de esos derechos fundamentales. Una relativamente reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de febrero de 2020 ofrece la respuesta a esa pregunta.

Palabras clave: derecho a la propia imagen; derecho a la libertad de información; redes sociales.

Abstract

The tension between the right to one's own image and the right to free information derives from the essential opposition between the interests protected by each of them. In Spain, there is already extensive case law from both the Supreme Court and the Constitutional Court that deals with which of the two should prevail in the event of conflict. However, the introduction of new technologies, in particular the widespread use of social networks in which it is the users themselves who post all kinds of images on them, makes it necessary to reconsider whether or not the current rules for the protection

of these fundamental rights are adequate. A relatively recent judgment of the Constitutional Court of 24 February 2020 provides the answer to this question.

Keywords: right to self-image; right to freedom of information; social networks.

Sumario

1. Introducción. 2. La regulación española del derecho a la propia imagen. 2.1. El artículo 18 de la Constitución. 2.2. La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección del derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen. 2.3. La L.O. de Protección de datos personales. 3. El caso de la STC 27/20, de 24 de febrero. 3.1. Los hechos y las diferentes sentencias previas de los tribunales ordinarios. 3.2. La STC 27/20, de 24 de febrero (BOE No. 83, de 26 de marzo de 2020). 3.2.1. Argumentos del periódico demandante del amparo ante el TC. 3.2.2. Argumentos del demandante recurrido en amparo. 3.3. El fallo de la STC y su doctrina. 4. El derecho a la propia imagen y su posible futuro. 3.1. Los tratamientos biométricos y la plataforma *Clearview*. 3.2. La propuesta de Reglamento UE sobre inteligencia artificial (IA). **Referencias bibliográficas.**

1. INTRODUCCIÓN

No es nada nuevo el apuntar la tensión existente entre los derechos a la intimidad personal, familiar, así como a la propia imagen y a la información. Todos ellos son derechos humanos recogidos en la declaración de la ONU de 1948, respectivamente en sus artículos 12 y 19. Igualmente están reconocidos como derechos fundamentales en la Constitución española, en los artículos 18,1 y 20 d).¹

¹ Aunque lo más habitual en los litigios sobre la contravención de los derechos fundamentales recogidos en los artículos 18 y 20 de la CE es que se dé entre intimidad y/o propia imagen respecto de información y/o libertad de expresión, en otros casos la controversia se plantea entre el derecho al honor y propia imagen respecto de la libertad de expresión. Como ejemplo puede servir la STS 4217/2020, de 15 de diciembre de 2020. En ella se juzgaba el caso de una editorial con propia página web y unida a algunas redes sociales, que había realizado unos fotomontajes con la cara de una persona conocida (un torero popular tanto por su vida profesional como por la particular) que lo ridiculizaban y hacían alusión a su paso por la cárcel. Todo ello para publicitar, con carteles materiales que se reproducían también en su página web, un festival musical en la ciudad en que nació. Pese a las alegaciones de los demandados de que actuaban dentro de su libertad de expresión y de que, según ellos, se trataba de una simple sátira admitida por los usos sociales y que a ello obedecían los carteles, se estimó que se habían vulnerado tanto el derecho al honor del diestro como el de su propia imagen y se condenó a la mencionada editorial al pago de 40.000 euros, a dejar de publicitar los carteles en su página web y a incluir en ella el texto de la sentencia condenatoria.

Es la idiosincrasia de cada uno de ellos la que determina esa tensión, pues los derechos a la intimidad y propia imagen son la antítesis del derecho a la libre información.

El derecho a la intimidad y propia imagen permite a las personas sustraer al escrutinio social cierto ámbito de su vida privada, así como salvaguardar de la difusión pública, su aspecto físico.

En cambio, el derecho a la información, justamente lo que ampara es la libertad de dar a conocer a la sociedad noticias, imágenes u opiniones.

El derecho a la intimidad² como el derecho al honor y a la propia imagen³, aunque cada uno de ellos goza de individualidad,⁴ son todos facetas o aspectos de la dignidad de la persona entendida individualmente, mientras que de la libertad de opinión⁵ e información⁶ es destacable su doble carácter de libertad individual y de garantía de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático, siempre, claro está, que la información sea veraz y esté referida a asuntos que sean de interés general por las materias que tratan y por las personas que intervengan. Esa dualidad de funciones ha hecho que la jurisprudencia constitucional tenga en cuenta la posición prevalente, *prima facie*, pero no de forma absoluta, de la libertad de opinión e información.

² Tanto lo puramente personal como la familiar. En relación con esta última, cuyo concepto es mucho más difuso que el de la primera, puede verse DÍAZ ALABART, S., "Reflexiones sobre el Derecho constitucional a la intimidad familiar", en L. B. Pérez-Gallardo, C. M., Villabella Armengol y G. Molina Carrillo, *Derecho familiar constitucional*, pp.1 87-212.

³ La Constitución de la República de Cuba de 2019, en su artículo 48, además de reconocer el derecho de todas las personas a su honor, intimidad personal y familiar, identidad personal y la propia imagen, menciona también otro derecho que complementa la propia imagen, que es la voz. La libertad de prensa tiene su ubicación en el artículo 55.

⁴ En este sentido, la opinión de la doctrina es pacífica. Por todos, JIMÉNEZ ALEMÁN, A., "Comentario al art. 18, 1 CE", en L. Cazorla Prieto (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. I, p. 464. También la jurisprudencia lo ha manifestado así.

⁵ Asimismo de expresión, como se señala en la STC 51/2008.

⁶ ORTÍZ FERNÁNDEZ, M., "La configuración del derecho a la propia imagen y su delimitación frente a otros derechos: implicaciones de las tecnologías de la información", *Revista de Derecho Privado*, enero-febrero 2022, p. 32, n. 2, lo que se repite en la p. 52, señala que el derecho a la libertad de expresión, como regla general, colisiona con el derecho al honor y no con el derecho a la propia imagen, que en cambio habitualmente choca con el derecho a la información.

Para su coexistencia es preciso que existan límites en los dos, límites que no siempre son lo claros que sería necesario. Es frecuente que los tribunales, y en particular el Tribunal Constitucional (desde ahora TC), hayan juzgado numerosos supuestos en los que se discutía la prevalencia de uno u otro.⁷ Ello ha llevado a que exista ya una doctrina consolidada sobre las pautas que se deben seguir para la consideración conjunta de ambos derechos fundamentales. La STC 76/2002 de 8 de abril (F.J. 3) menciona sintéticamente los extremos a tomar en cuenta para decidir que el derecho a la información pueda prevalecer sobre el de intimidad y propia imagen.

Así, la trascendencia pública o no de los hechos u opiniones emitidos y si la información que, en su caso, se ofrezca es o no veraz. Para valorar dicha trascendencia pública cobra especial relevancia la materia de la información, su interés público y su contribución a la formación de una opinión pública libre, también el vehículo utilizado para difundir la información, en particular si este es un medio de comunicación social.

La veracidad de la información no debe confundirse con la exigencia de concordancia con la realidad incontrovertible de los hechos, sino con una diligente búsqueda de la verdad, que asegure la seriedad del esfuerzo informativo. La libertad de información no protege a quienes defraudan el derecho de todos a recibir una información veraz y que se comportan de manera negligente o irresponsable al transmitir como hechos verdaderos, simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones insidiosas.

Lo que aquí interesa en cuanto supone un nuevo matiz a ese difícil equilibrio,⁸ es cómo afecta a ese concepto tradicional de intimidad, incluyendo dentro de ella el derecho a la propia imagen, en el ámbito social de este siglo,⁹ en el que las

⁷ Así, podemos mencionar algunas sentencias del TC a título de mero ejemplo: SSTC 17/115/2000, de 17 de mayo, 76/2002, de 8 de abril, 167/2013, de 7 de octubre (BOE No. 267, de 7 de noviembre 2013).

⁸ Como bien señala la sentencia del Tribunal Supremo (desde ahora TS) que es objeto del recurso de amparo al TC que en este trabajo se estudia, en su fundamento de derecho 3, Núm. 8, "Ciertamente, se trata de una materia en la que es difícil establecer pautas generales que sirvan para todos los casos, porque las circunstancias concurrentes en cada caso pueden inclinar la decisión por la prevalencia de uno u otro derecho". Este párrafo se repite literalmente en la STS de 19 de diciembre de 2019, que recaía sobre un caso muy similar. Conviene señalar que el Magistrado ponente era el mismo en ambas sentencias.

⁹ En este momento nuestras ciudades están llenas de cámaras de vigilancia instaladas por las autoridades en la vía pública, que están recogiendo constantemente imágenes de las personas que por ellas circulan. La finalidad de estas es prevenir delitos o colaborar en la

propias personas son las que vierten todo tipo de información personal y familiar, con imágenes incluidas,¹⁰ en las redes sociales, a lo que se añade la enorme facilidad para poder consultar todo tipo de datos y contenidos a través de las nuevas tecnologías.

En particular lo que se va a tratar en este pequeño estudio es lo referente al derecho a la propia imagen, dejando fuera de este el derecho a la intimidad, salvo cuando corresponda hacer alguna mención puntual acerca de este.

Es algo evidente que el uso de las nuevas tecnologías no puede significar la desaparición de ninguno de los derechos fundamentales directamente relacionados con la dignidad de la persona, como lo es el de la propia imagen, pero, sin lugar a dudas, se plantea la necesidad de una reinterpretación de ese derecho y de sus límites.

2. LA REGULACIÓN ESPAÑOLA DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

2.1. ARTÍCULO 18 DE LA CE

El artículo 18,1 de la CE enumera el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y lo hace con la “abstracción que requiere un precepto constitucional con vocación de adaptación a situaciones variadas y futuras, pero ciertamente bajo el pensamiento contextual de la época”;¹¹ es decir, de un momento en el que ni siquiera se podía pensar en la existencia de internet y de las redes sociales y su uso masivo por un importante sector de la población mundial. En ese momento, lo que preocupaba al legislador y a la sociedad española era lo que en el mismo artículo 18, apartado 4, se refería como “uso de la informática”, y por ello establece que la ley limitará dicho uso para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y

investigación de los ya cometidos. En el momento inicial de su instalación hubo una polémica por la conciencia de que, aunque su fin fuera elevar el nivel de seguridad de los ciudadanos, ello sin duda rebajaba su intimidad y propia imagen.

¹⁰ RODOTÀ, E., “Controllo e privacy della vita quotidiana Della tutela della vita privata alla protezione dei dati personali”, *Rivista Critica del Diritto Privato*, Año XXXVII-1, marzo 2019, p. 26, dice que “la vigilancia no quiere ya conocer fronteras, ni obstáculos a la utilización de cualquier técnica se hace dueña del espacio físico y virtual, se apropia de los cuerpos, atribuyendo un papel cada vez más central a las técnicas biométricas. Diseña nuevas jerarquías y contribuye potentemente a concentrar el poder”.

¹¹ TRAVÉ VALLS, A., “Nuevos escenarios, misma doctrina: derecho a la propia imagen y derecho a la información con ocasión del uso de las redes sociales. STC 27/2020 de 24 de febrero”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. IX, No. 3, julio-septiembre 2022, p. 380.

el pleno ejercicio de sus derechos.¹² La informática era una forma de referirse a los adelantos técnicos que en ese momento permitían, en particular, acceder más fácilmente a la intimidad e imagen de las personas, como, por ejemplo, teleobjetivos potentísimos que permitían hacer tomar imágenes de gran calidad a mucha distancia sin que las personas famosas o populares se percataran de que estaban siendo fotografiadas, ya que confiaban en que se encontraban en lugares en los que era imposible que les fotografiasen.¹³ Más recientemente, el uso de drones para ese mismo objetivo ha supuesto una mayor facilidad para la obtención de imágenes.

Algo parecido sucede con la captación de conversaciones privadas sin consentimiento. La tecnología ha ido evolucionando para lograr facilitar la captación de sonidos no solo con aparatos de pequeño tamaño y por ello fácilmente ocultables en cualquier objeto de uso habitual de apariencia inocente, sino que algo tan cotidiano como un teléfono móvil puede servir para efectuar esas grabaciones sin que la persona espiada sea consciente de ello.

Las cámaras de grabación de imágenes y también los diferentes aparatos de grabación de sonido, todos ellos cada vez más pequeños y por tanto fáciles de camuflar, han supuesto otro avance técnico más.¹⁴

El derecho a la propia voz no se contempla ni en la Constitución española (como en cambio sí hace la cubana), ni tampoco en la Ley Orgánica 1/1982. Pese a ello, no cabe duda de que, al igual que la imagen, es una parte importante de nuestra individualidad personal, y por ello atañe a la dignidad de la persona. Sería posible entender que aun no individualizado en las leyes, es exigible su respeto como faceta de ese derecho fundamental. Así pues, como regla, la voz de las personas no debe ser ni registrada ni reproducida sin su consentimiento.

¹² Aunque literalmente en este apartado no se mencionara específicamente el derecho a la propia imagen, hay que entenderlo incluido, si bien, probablemente, en ese momento y con respecto a la informática, la imagen se considerase dentro del derecho a la propia intimidad.

¹³ Las personas famosas o populares fueron víctimas de estos sistemas para conseguir imágenes suyas, que se vendían a buen precio a los periódicos sensacionalistas y revistas del corazón. Un buen ejemplo de personaje cuyas imágenes así obtenidas tenían un buen mercado fue lady Diana SPENCER.

¹⁴ Que esa era la preocupación en esos años se demuestra por el texto del artículo séptimo, apartados 1 y 2 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen.

Con todo, salvo supuestos de voces de personas populares o con unas características propias que las hagan inconfundibles respecto de las de los demás, la voz no permite una identificación tan rápida y fácil como lo hace la imagen.¹⁵

2.2. LA LEY ORGÁNICA 1/1982, DE 5 DE MAYO, DE PROTECCIÓN DE DERECHO AL HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN

En esta importante Ley se desarrolla el mandato constitucional al derecho a la propia imagen.¹⁶ Se parte, como no podía ser de otra forma, del derecho de las personas a preservar sus rasgos físicos de la exhibición pública y se establecen una serie de excepciones.

El artículo 2 establece unas excepciones generales no solo para el derecho a la propia imagen, sino comunes a todos los derechos fundamentales contemplados en la Ley:

- La protección civil al mencionado conjunto de derechos quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales, atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia.
- No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso.¹⁷

¹⁵ No tengo conocimiento de que en España se hayan suscitado litigios respecto de la voz propia como derecho fundamental. En cualquier caso, será más frecuente que se utilice la voz de una persona popular y por tanto conocida en la sociedad (la voz o junto a ella la forma peculiar de expresarse esa persona), por ejemplo para que, empleando fragmentos de grabaciones consentidas, o usando un imitador, se emplee por ejemplo como voz en *off* en un anuncio publicitario, de forma que se cree la apariencia de que es el personaje famoso el que realmente está recomendando determinado producto, lo que el anunciante espera que se traduzca en un aumento en las ventas.

¹⁶ Ciertamente el derecho a la propia imagen se puede abordar no solo desde su pura naturaleza de derecho personalísimo, sino también desde un aspecto puramente patrimonial, cuando lo que sucede es que se usa sin permiso la imagen de alguien para usos comerciales. Por ejemplo, se toma una imagen de un bebé de las redes sociales o sencillamente en un parque infantil, y luego se utiliza, sin el correspondiente permiso, para etiquetar de forma atractiva productos para niños. En este estudio no se abordará esa faceta puramente patrimonial.

¹⁷ Consentimiento que el mismo artículo 2 dispone que será revocable en cualquier momento, pero que en su caso habrán de indemnizarse los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas.

Las excepciones específicas para el derecho a la propia imagen se contienen en el artículo 8,2 de la misma ley:

“En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá:

- a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público.
- b) La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social.
- c) La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria.

“Las excepciones contempladas en los párrafos a) y b) no serán de aplicación respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de la persona que las ejerza”.

Es claro que el legislador español de 1982 no podía tener *in mente* el cambio que iba a suponer internet y el uso de las redes sociales y ello tiene como consecuencia que se puedan plantear dudas sobre si con las normas existentes hoy, es posible o no proteger realmente el derecho a la propia imagen con una interpretación adecuada, o si se trata de un derecho totalmente desprotegido.

2.3. LA LEY DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

No podemos olvidar que, a fin de cuentas, la imagen de las personas no deja de ser un dato personal, de conformidad con la definición que de esa figura hace el artículo 4,1 del Reglamento Europeo 2016/679, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de sus datos: “Toda información sobre una persona física identificable (*el interesado*); se considerará persona física identificable toda persona cuya entidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona”. Así pues, junto a la Constitución y a la

L.O. 1/1982, de 5 de mayo, el derecho a la propia imagen también encuentra protección legal en el mencionado Reglamento de la UE y en la L.O. 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de los datos personales y la garantía de los derechos digitales de las personas;¹⁸ ley esta que adaptó la legislación española al mencionado Reglamento de la UE.¹⁹ La protección dispensada para los datos se aplica a su tratamiento total o parcialmente automatizado, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero.

Ejemplo de esta protección es la Resolución de la Agencia española de protección de datos, de 18 de diciembre de 2019, que señala que la utilización de unas fotografías sin contar con el preceptivo permiso del titular, es una infracción del artículo 6 del repetido Reglamento de la UE.

¹⁸ "Internet, por otra parte, se ha convertido en una realidad omnipresente tanto en nuestra vida personal como colectiva. Una gran parte de nuestra actividad profesional, económica y privada se desarrolla en la Red y adquiere una importancia fundamental tanto para la comunicación humana como para el desarrollo de nuestra vida en sociedad. Ya en los años noventa, y conscientes del impacto que iba a producir Internet en nuestras vidas, los pioneros de la Red propusieron elaborar una Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en Internet.

"Hoy identificamos con bastante claridad los riesgos y oportunidades que el mundo de las redes ofrece a la ciudadanía. Corresponde a los poderes públicos impulsar políticas que hagan efectivos los derechos de la ciudadanía en Internet promoviendo la igualdad de los ciudadanos y de los grupos en los que se integran para hacer posible el pleno ejercicio de los derechos fundamentales en la realidad digital. La transformación digital de nuestra sociedad es ya una realidad en nuestro desarrollo presente y futuro tanto a nivel social como económico. En este contexto, países de nuestro entorno ya han aprobado normativa que refuerza los derechos digitales de la ciudadanía.

"Los constituyentes de 1978 ya intuyeron el enorme impacto que los avances tecnológicos provocarían en nuestra sociedad y, en particular, en el disfrute de los derechos fundamentales. Una deseable futura reforma de la Constitución debería incluir entre sus prioridades la actualización de la Constitución a la era digital y, específicamente, elevar a rango constitucional una nueva generación de derechos digitales. Pero, en tanto no se acometa este reto, el legislador debe abordar el reconocimiento de un sistema de garantía de los derechos digitales que, inequívocamente, encuentra su anclaje en el mandato impuesto por el apartado cuarto del artículo 18 de la Constitución Española y que, en algunos casos, ya han sido perfilados por la jurisprudencia ordinaria, constitucional y europea" (apartado IV del Preámbulo de la L.O. 3/2018).

¹⁹ Aunque como cualquier reglamento de la UE, no precisa de transposición a los ordenamientos nacionales, pues tiene eficacia directa, no se excluye toda intervención del Derecho interno en los ámbitos concernidos por los reglamentos europeos. Así, por ejemplo, el reglamento se abstiene de regular lo relativo a los datos personales y contenidos digitales de las personas fallecidas, pero permite que lo hagan los EM, como hace el legislador español.

La existencia de esta normativa a sumar a la L.O. 1/1982, como se ha dicho, supone “que nos encontremos ante una ante una multiplicidad de regímenes jurídicos, que además pueden diferir en su contenido y, por tanto, ante cierta inseguridad jurídica” y ciertamente puede perjudicar demasiado al infractor por el riesgo de ser condenado varias veces por un mismo hecho, con un fundamento muy parecido.²⁰

Dado que la sentencia del TC que es el eje de este estudio no menciona para nada ni el Reglamento europeo ni la Ley de Protección de datos de 2018, y que este estudio no debe exceder en la extensión, no entro más en la cuestión.

3. EL CASO DE LA STC 27/2020, DE 24 DE FEBRERO

En relación con el derecho a la propia imagen insertada voluntariamente por el sujeto fotografiado en una red social y el equilibrio con la libertad de información, es especialmente interesante la STC de pleno 27/2020, de 24 de febrero, que es la primera que se pronuncia sobre esa materia.

Esta sentencia, relativamente reciente, ofrece asimismo algunos criterios que pueden resultar útiles a la hora de valorar los límites del derecho a la intimidad y propia imagen, en relación con el empleo habitual de las redes sociales y las imágenes que en ellas se cuelgan.

3.1. LOS HECHOS Y LAS DIFERENTES SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES CIVILES

El 8 de julio de 2013, el diario *La opinión - el correo de Zamora*,²¹ tanto en su edición en papel como en la digital, publicaba un reportaje titulado, “Un hombre muere en Zamora al dispararse después de herir a su hermano de otro tiro”. El reportaje versaba sobre un suceso acaecido el día anterior en el domicilio familiar de dos hermanos, y refería el suicidio de uno de ellos tras haber disparado al otro causándole diversas heridas.

Tras ver la publicación, el hermano herido demanda al diario sobre la base de que el artículo del periódico contenía datos personales y familiares que permitían identificarle tanto a él como a su hermano fallecido, como los nombres

²⁰ ORTÍZ FERNÁNDEZ, M., “La configuración del derecho a la propia imagen...”, *cit.*, pp. 47-51. Este autor se ocupa de la cuestión con cierto detenimiento.

²¹ Es interesante señalar que Zamora es la capital de la provincia del mismo nombre y que tiene una población un poco por debajo de los 60 000 habitantes.

de ambos y las iniciales de sus apellidos, e incluso el apodo de este último, la dirección del domicilio familiar, la profesión del padre y lugar donde la ejerció, referencias a la notoriedad de la familia en la ciudad, así como la enfermedad neurodegenerativa que padecía su madre. En el reportaje publicado en papel se incluían sendas fotografías de los dos hermanos que se habían obtenido del perfil que el demandante y su hermano tenían abierto en la red social *Facebook*, sin haber recabado previamente la preceptiva autorización.

En la demanda solicitaba que se declarase que el artículo periodístico constituía una intromisión ilegítima en el derecho fundamental a su propia imagen e intimidad, ya que la información escrita y gráfica que contenía resultaba desproporcionada e irrelevante a los efectos de informar sobre lo sucedido y solo servía para identificarle a él y a sus familiares con todo detalle. Añadía que se había divulgado en un momento especialmente delicado para el actor, pues había contribuido negativamente a la situación psicológica que padecía.

Como indemnización por el daño moral sufrido por lo publicado, el hermano herido solicitaba la suma de 30.000 euros o aquella que el tribunal estimara haciendo uso de su facultad moderadora.²²

El juzgado de primera instancia²³ estimó la demanda por considerar que se había producido una intromisión en el derecho a la intimidad y propia imagen del actor y condenó al periódico demandado al pago de la suma solicitada, sobre la base de la gravedad de la intromisión, la alta difusión del periódico en la provincia, la vinculación del demandante con dicho entorno y la influencia del reportaje en el estrés postraumático que este había sufrido.

En particular respecto del derecho a la imagen, también se consideró vulnerado pues ni se había recabado el pertinente permiso para usar las fotografías, ni estas aportaban ninguna información de interés público.

Recurrida en apelación la sentencia por el diario demandado, la Audiencia Provincial de Vizcaya (SAP 22 de septiembre de 2015) desestima el recurso. El tribunal consideró que, aunque la noticia era veraz y tenía relevancia o interés público, no justificaba la difusión de determinados datos personales y familiares del demandante, por lo que no debía prevalecer la libertad de información

²² Aunque en la STC no aparece, habrá que entender que el demandante se refiere a la contenida en el artículo 1103 del CC.

²³ Sentencia de 11 de marzo de 2015 (Juzgado No.10 de Bilbao).

sobre la intimidad personal. En suma, que se trataba de datos innecesarios, de los que el medio pudo prescindir, sin que ello limitara su derecho fundamental a informar. Respecto de la contravención del derecho a la propia imagen y de la cuantía de la indemnización solicitada, la Audiencia reitera los argumentos del tribunal de primera instancia.

La Opinión de Zamora interpone recurso de casación, que se solventa con la Sentencia del Tribunal Supremo 91/2017, de 15 de febrero de 2017²⁴ (sentencia de pleno),²⁵ que estimó parcialmente el recurso.

De forma resumida, estos fueron los argumentos manejados por el alto tribunal:

- Estimación de que la gravedad de la intromisión en la intimidad no fue intensa,²⁶ que el interés de la noticia era importante en el contexto de una ciudad como Zamora y que la información se acomodó a los cánones de las crónicas de sucesos y que, por ello, en el caso debe prevalecer el derecho a la información ejercitado a través de un periódico.²⁷

²⁴ ÁLVAREZ OLALLA, P., "Intromisión legítima en el derecho a la intimidad de víctima de delito, e ilegítima en el derecho a la propia imagen. Fotografía tomada de Facebook para su utilización en un medio de información. Comentario a la STS de 15 de febrero de 2017 (RJ 2017, 302)", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, No. 104, mayo-agosto 2017, p. 445 y ss.

²⁵ Posteriormente, el TS ha abordado un supuesto de características muy similares en la STS, también de pleno, No. 697 de 19 de diciembre de 2019. Sobre ella *vid.* YZQUIERDO TOLSADA, M., "Comentario a la STC de 19 de diciembre de 2019 (697/2019). De nuevo acerca del derecho a la propia imagen cuando ésta se toma del perfil público de una red social", en M. Yzquierdo Tolsada (dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, p. 207 (20). Este autor critica que la sentencia sea de plenario por innecesario, ya que se limita a reproducir la doctrina de la misma sala que ya se fijó en la TS de 15 de febrero de 2017. Hay una cierta razón en ese reproche, pero hay una diferencia entre ambas a tomar en consideración. Si bien las dos se refieren a imágenes tomadas de un perfil abierto en una red social para incluirlas en un reportaje que informaba sobre un suceso, en la de 2017 la fotografía era de la víctima de un delito, mientras que en la de 2019 era del detenido como presunto autor de un delito, lo cual supone una circunstancia diferente. Además, el hecho de que se trate de dos sentencias similares, ya supone la creación de jurisprudencia.

²⁶ Resulta curioso que se diga que: "la intromisión en la intimidad no fue intensa". Se trata de un derecho fundamental y solo cabe señalar si ha sido vulnerado o no. No cabe decir algo así como, *Si*, pero no mucho. Lo que el Tribunal debió considerar en relación con la gravedad de la contravención del derecho es la limitación de los daños reclamados.

²⁷ Se dijo literalmente que "una condena a un medio de comunicación que, con carácter inmediato a que sucedieran, ha informado de forma veraz sobre unos hechos graves, de trascendencia penal y relevancia pública, en especial en el reducido ámbito geográfico al que extiende su influencia, que ciertamente ha identificado a las personas que resultaron implicadas en tales hechos, pero no ha revelado otros hechos de su intimidad que estuvieran desconectados con los hechos noticiables ni ha aumentado significativamente

- Respecto de la necesidad de autorización del titular del derecho a la imagen en *Facebook*, se pone de relieve que la fotografía del demandante que se publicó en cuanto víctima del hecho delictivo relatado no se obtuvo en el lugar de los hechos, sino de la cuenta que ambos hermanos tenían en dicha red social y era una fotografía accesible a los internautas, pero que eso no supone que quede excluida del ámbito de protección del artículo 2.2 de la L.O. 1/1982, que exige el consentimiento expreso del titular para usar dicha imagen.²⁸ Por lo tanto, el TS sí entiende ilícita la intromisión en el derecho a la propia imagen.

Consecuentemente con entendimiento de que únicamente se vulneró el derecho a la propia imagen y no a la intimidad, se reduce a la mitad la cuantía de la indemnización fijada en la sentencia recurrida, que era la solicitada inicialmente por el demandante.

El periódico interpone recurso de amparo por vulneración del derecho a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión (artículo 20.1.d de la CE), que se imputa a la decisión contenida en la STS de 17 de febrero de 2017.

3.3. LA STC 27/20, DE 24 DE FEBRERO (BOE NO. 83, DE 26 DE MARZO DE 2020)

El 13 de noviembre de 2017, la Sala Segunda (sección 3ª) del TC acordó la admisión a trámite del recurso de amparo interpuesto por el periódico zamorano “apreciando que [en él] concurre una especial trascendencia constitucional, porque plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina”²⁹.

el conocimiento que de los hechos se tenía o que se iba a tener en los momentos inmediatamente posteriores en la comunidad concernida, que no ha incurrido en ninguna extralimitación morbosa y ha respetado los cánones tradicionales de la crónica de sucesos, no ampararía adecuadamente el ejercicio del derecho a la libertad de información conforme a los cánones constitucionales” (F. de D. tercero).

²⁸ En la STS que dio lugar al recurso de amparo resuelto por la STC que se analiza aquí, en relación con el consentimiento expreso del titular para la utilización de su imagen que requiere el artículo 2.2 de la L.O. 1/1982, se ocupa de matizar, según lo interpreta la jurisprudencia que “no requiere que sea un consentimiento formal (por ejemplo, dado por escrito), pero sí exige que se trate de un consentimiento inequívoco, como el que se deduce de actos o conductas de inequívoca significación, no ambiguas ni dudosas”.

²⁹ El altísimo número de recursos de amparo interpuestos lastraba de tal forma el trabajo del TC que se modificó la L.O. 2/1979, de 3 de octubre, que regula el funcionamiento de este órgano constitucional, por la L.O. 6/2007, de 24 de mayo, en la que se incluye para

3.2.1. Argumentos del periódico demandante del amparo ante el TC

Los argumentos en apoyo del amparo solicitado se pueden resumir así:

La publicación de la imagen del demandante realmente es un acto lícito de ejercicio de la libertad fundamental de información, pues la fotografía se obtuvo del perfil de *Facebook*, se usó para comunicar una información gráfica veraz y complementaria de otra escrita sobre un suceso que era noticiable y de relevancia pública en la ciudad y provincia, ámbito en el que se difunde el periódico en cuestión. El diario simplemente actuó como mero mediador informativo entre una imagen divulgada en la red social y sus lectores, lo que resulta especialmente útil para satisfacer el derecho a recibir información de aquellos lectores que carecen de los dispositivos o la habilidad personal necesaria para acceder a los datos publicados en *Facebook*.

El periódico pone el acento en que el demandante incluyó su imagen en la repetida red social sin ningún tipo de restricciones de acceso, de modo que puede conocerla cualquiera de los usuarios de esta, lo que debe ser entendido "como acto propio" del demandante en el sentido del artículo 2.1 de la LO 1/1982, con lo que ya no se podría apreciar, en el uso que de ella hizo el periódico, la existencia de intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen. Además, menciona algunas sentencias del propio TC en apoyo de sus alegaciones.³⁰

la admisión a trámite de esos recursos, la exigencia de justificación de esa especial trascendencia constitucional del objeto del recurso.

³⁰ En concreto, el periódico recurrente alude a la STC 121/2002, de 20 de mayo, y a la 139/2007, de 4 de junio. La primera, que se ocupa igualmente de un suceso criminal y de su relato en un medio periodístico, no se ocupa para nada del derecho a la propia imagen, sino únicamente de la veracidad de la información recogida por la revista y de la relevancia de lo relatado para la opinión pública. Es más, dentro de la STC se incluye la afirmación de que: "pero, aunque se habla de una fotografía que se incluye en el reportaje publicado sobre el crimen todo el objeto del recurso es solamente el derecho al honor y a la intimidad *versus* derecho a la información. En efecto, la exigencia de tutelar el derecho de información no puede significar que se dejen vacíos de contenido los derechos fundamentales de quienes resulten afectados por el ejercicio de aquél, que sólo han de sacrificarse en la medida en que ello resulte necesario para asegurar la información libre en una sociedad democrática, tal como establece el art. 10.2 del Convenio europeo de derechos humanos".

En cuanto a la segunda sentencia, relacionada con manifestaciones vertidas en un programa de televisión que se dedicaba a buscar personas desaparecidas, versa exclusivamente sobre el derecho al honor e intimidad. En conclusión, que, en realidad, las sentencias aportadas no son un verdadero apoyo para la argumentación del recurrente.

En esta misma línea de argumentación pone de manifiesto que la aceptación por el recurrido de todas las cláusulas del acuerdo con la plataforma *Facebook* para adquirir la condición de usuario de esta, también supone la aceptación de que las imágenes que suba a dicha red son de uso general.

Asimismo incide en el carácter accesorio de la fotografía litigiosa, de conformidad con la doctrina del Tribunal de Derechos Humanos de 10 de noviembre de 2015 (*Couderc versus Hachette Filipacchi Associés*), que admite la difusión de fotografías que sean publicadas con intención puramente informativa para complementar el texto, sin que las imágenes tengan carácter difamatorio, peyorativo o degradante. A esto añade que en este caso, la fotografía publicada cumple esas características del respeto y la neutralidad, pues no en vano es la elegida por el sujeto para ilustrar su perfil abierto y accesible al público en la red social, y finaliza que, en consecuencia, el artículo 8.2 c) de la LO 1/1982 debe ser reinterpretedado favoreciendo la libertad de comunicar información gráfica relativa a las imágenes accesorias de otra imagen principal. Entiende el diario recurrente que el artículo 8.2 c) tampoco impide la publicación de información gráfica que no es sino un mero complemento de la información escrita de relevancia pública.

3.2.2. Argumentos del demandante recurrido en amparo

Por su parte, el demandante-recurrido, tras repasar la doctrina del TC sobre los criterios de ponderación respecto de la colisión entre los derechos fundamentales a la propia imagen y a la libertad de información, recuerda que “el fin del primero del derecho a la propia imagen es la salvaguarda de un ámbito propio y reservado de la persona frente a las reproducciones y la difusión incondicionada de su aspecto físico, que constituye el primer elemento configurador de la intimidad y la esfera personal en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y, factor imprescindible para su propio reconocimiento como individuo”. Añade que, por lo tanto, el hecho de que haya exhibido voluntariamente su imagen en una red social no significa que cualquier tercero esté legitimado para hacer uso de ella sin su preceptiva autorización”.

3.3. EL FALLO DE LA STC Y SU DOCTRINA

Veremos ahora, de forma resumida, cuál es la doctrina que establece el TC, y que resulta especialmente útil en previsión de nuevos casos que puedan plantearse y que con toda seguridad se producirán.

El TC señala cómo esta sociedad de la información, con las nuevas tecnologías, trae consigo cambios en sus hábitos y costumbres,³¹ y sobre todo resalta cómo son los propios ciudadanos los que incluyen sus imágenes y contenidos en las redes sociales, y cómo con ello, algunos contornos de los derechos fundamentales al honor, intimidad y propia imagen puedan quedar desdibujados. Con todo, advierten que, pese a ello, los usuarios continúan siendo titulares de derechos fundamentales y su contenido continúa siendo el mismo que en la era analógica. Por eso, salvo excepciones tasadas, por más que los particulares compartan voluntariamente datos e imágenes, continúan poseyendo su esfera privada, siempre que no hayan prestado su consentimiento de manera inequívoca para ser observados o para que se utilice y publique su imagen.

El argumento esencial del TC es la necesidad de una autorización expresa del sujeto para la utilización por terceros de su imagen. No acepta el tribunal que el usuario de una red social en internet incluya una foto suya y su consiguiente accesibilidad para sus usuarios constituya una suerte de consentimiento tácito para su posterior utilización por terceros. Se exige no un consentimiento indefinido y vinculante, como el que se prestó inicialmente para una ocasión o con una ocasión determinada.

Dicho de otra forma, que se puede publicar una foto en una plataforma, y que el uso de esta, aun accesible a un gran grupo de gente, no pueda utilizarse para otros fines que los consentidos específicamente por el titular de la imagen.³²

El recurrente en amparo alegó que el hermano herido, en el momento de su inscripción y registro en *Facebook*, aceptó las denominadas condiciones de servicio, que necesariamente deben aceptar los usuarios de esa red para poder utilizarla, y con ello estaba consintiendo el tratamiento de su imagen por cualquiera que acceda a la red social. A este respecto, el TC pone de manifiesto que el contrato entre la red y el usuario es de adhesión, con la particularidad

³¹ Se señala cómo afecta a muchos extremos el uso masivo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación como, por ejemplo, la proliferación de nuevos delitos, cuya comisión se facilita con el uso de las nuevas tecnologías, como son las extorsiones a través de imágenes íntimas extraídas de dispositivos pirateados o estafas de diferentes tipos, o ataques informáticos a bases de datos para venderlos al mejor postor, difusión maliciosa de fotos íntimas, etcétera. etcétera.

³² Esto queda muy claro si pensamos, por ejemplo, en una plataforma como *LinkedIn*, con millones de usuarios en todo el mundo, cuyo fin esencial son los perfiles de tipo profesional, que suelen acompañarse de una imagen neutra del sujeto. Está claro que el sujeto representado en la imagen consiente en que sus rasgos físicos se muestren en dicha plataforma, pero con un fin muy concreto y no para ningún otro.

de que este se formaliza mediante un clic en el botón de la aplicación digital previsto al efecto. Las características de las condiciones generales empleadas en este contrato *online*, y la falta de capacidad de los usuarios/consumidores para negociar el clausulado, arroja dudas relevantes sobre la existencia de una voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta indiscriminadamente el tratamiento de su imagen por cualquier tercero que pueda tener acceso a ella. Los avisos legales, las condiciones de uso y las políticas de privacidad están redactadas en un lenguaje generalista, de difícil comprensión para el usuario medio, que difícilmente podrán ser plenamente comprendidas por él. A ello hay que añadir que en dicha red social aparece activado por defecto el mayor grado de publicidad,³³ sin que el usuario sea plenamente consciente de que esto supone un grave riesgo para la seguridad de sus datos personales, ya que estos serán accesibles para cualquiera que pueda acceder a la red.

Por tanto –continúa el TC su razonamiento–, hay que concluir que el ciudadano desconoce, la mayor parte de las veces, el contenido real y las consecuencias del otorgamiento de la autorización exigida para su registro en la red y utilización, pues resultan de no fácil comprensión para cualquier usuario medio que no disponga de conocimientos jurídicos y tecnológicos, por lo que difícilmente en este caso puede hablarse de un consentimiento basado en información fiable o confiable.

Respecto del argumento del periódico, de que la imagen reproducida era una fotografía “neutral”, es decir, aquella que aunque no contenga información gráfica sobre la vida privada o familiar del retratado, muestra su aspecto físico de forma que resulte reconocible, y que por ello su reproducción para ilustrar una noticia no contraviene el derecho a la propia imagen; se le recuerda al recurrente por el TC que lo esencial y particular del derecho a la propia imagen es la facultad de la persona de decidir si hace públicos o no sus rasgos físicos. Así pues, que si ha existido dicha contravención.

En relación con la alegación del recurrente de que la utilización de la fotografía del demandante-recurrido, aun siendo un sujeto privado, está amparada por tratarse de un complemento a la noticia de un suceso criminal, que siempre es un acontecimiento noticiable y por tanto el interés público en conocer dicha noticia, es una excepción al derecho a la propia imagen. El TC rechaza esa

³³ De hecho, entre las condiciones de *Facebook*, bajo la rúbrica “protección de los derechos de otras personas”, advierte a los terceros que “si obtienes información de los usuarios deberás obtener su consentimiento previo”.

argumentación. Aclara que al ser esto así, hay un límite en la utilización que se hace de los datos personales del implicado en el suceso (en este caso su imagen), y este está en la individualización, directa o indirecta, de la víctima, pues este dato no es de interés público porque carece de relevancia para la información que se permite transmitir.³⁴ Y continúa el TC, en supuestos como los planteados en este recurso, que este Tribunal debe otorgar relevancia a la prevalencia del derecho a la imagen de la víctima del delito frente a las libertades informativas, pues la información gráfica devenía ociosa o superflua por carecer la fotografía de la víctima de interés real para la transmisión de la información, en este caso la realización aparente de un homicidio (que quedó finalmente en lesiones) y posterior suicidio del criminal. Acierta plenamente el TC, ya que con esta forma de señalamiento directo de la identidad de la víctima se le revictimiza, máxime, como sucede en este caso, cuando su ámbito social es el de una pequeña capital de provincia donde se hace cierta la frase, “todo el mundo se conoce”.

En conclusión, el TC declara que, de conformidad con las circunstancias que concurren en el caso, hay que estimar que, aun cuando la finalidad general de la información fuera la de dar cuenta del suceso, aquí no concurre la debida proporcionalidad entre el ejercicio del derecho a la información, atendido su contenido y finalidad, y el respeto a la propia imagen de la persona privada a la que se refiere la noticia publicada en *La Opinión de Zamora*. Consecuentemente, se ha producido un sacrificio desproporcionado en detrimento del derecho a la imagen; y la publicación por parte de dicho periódico de la fotografía de la víctima del delito al que la noticia hace referencia, sin su consentimiento, constituyó una intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen (artículo 18.1 de la CE), que en el caso, no puede encontrar protección en el derecho a comunicar libremente información veraz [artículo 20.1 d) de la CE], constitucionalmente limitado de forma expresa por aquel derecho.

No se puede sino aplaudir esta decisión del TC, que deja muy claro que el uso por parte de las personas de las redes sociales, colgando en ellas voluntariamente sus fotografías, no significa que pierdan su derecho a la propia imagen,

³⁴ Así, además de numerosas sentencias del TC, actualmente lo reconoce la Ley 4/2015, de 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito, en vigor desde el 28 de octubre de 2015, cuando advierte de la necesidad “desde los poderes públicos [de ofrecer] una respuesta lo más amplia posible, no solo jurídica sino también social, a las víctimas, no solo reparadora del daño en el marco de un proceso penal, sino también minimizadora de otros efectos traumáticos en lo moral que su condición puede generar, todo ello con independencia de su situación procesal”.

pues con esa inclusión no han dado un verdadero consentimiento a su libre utilización por cualquier usuario de esas mismas redes, y que no es razón bastante la alegación del derecho a la libre información cuando la fotografía no es esencial para dar la noticia y realmente nada aporta a esta.

4. EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y SU POSIBLE FUTURO

Sin duda, la doctrina elaborada por el TS y por el TC son herramientas eficaces para salvaguardar el derecho a la propia imagen de las personas a través de una interpretación adecuada de las normas que hoy regulan la cuestión³⁵ y que probablemente deberían revisarse. No obstante, sería seguramente un poco ingenuo pensar que con eso ya está todo resuelto, más bien hay que ser consciente de que esa tensión entre el derecho a la propia imagen y el derecho a la libertad de información seguramente va a sufrir transformaciones, pero va a seguir existiendo, por lo mismo que las novedades tecnológicas se suceden sin descanso, y simultáneamente a las ventajas que aportan acarrear nuevos riesgos para los derechos fundamentales, incluido el de la propia imagen.

En ese sentido, y para terminar este estudio, quiero hacer una breve referencia a dos datos, uno de ellos con un cierto componente técnico-sociológico y otro más estrictamente jurídico. Por una parte, la noticia sobre la actuación de una nueva plataforma americana y, por otra parte, la avanzada tramitación de un nuevo Reglamento de la UE sobre la inteligencia artificial (IA).

4.1. LOS TRATAMIENTOS BIOMÉTRICOS Y LA PLATAFORMA CLEARVIEW

La realidad es que actualmente los tratamientos biométricos de todo tipo³⁶ están a la orden del día, y es prácticamente una constante la necesidad de estar atentos a que su utilización no conculque esos derechos fundamentales.

³⁵ Dentro de los criterios de interpretación de las normas contenidos en el artículo 3,1, *in fine*, del Código Civil, en estos casos resulta especialmente interesante el denominado criterio sociológico: "la realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas [las normas], atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas".

³⁶ Los sistemas biométricos pueden ser tanto físicos o fisiológicos como conductuales; en todos los casos suponen la individualización más segura de una persona. Entre los físicos están: el escaneo de huellas dactilares, del iris o de la retina, el reconocimiento de la escritura manual o de la voz, la geometría de la mano, y el reconocimiento facial.

Recientemente,³⁷ la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) ha publicado una guía de tratamientos de control de presencia mediante sistemas biométricos, ya que los datos personales de estas características son de alto riesgo y resultaba preocupante la utilización de tratamientos biométricos con fines de control laboral. La idea es que en el caso de que se admita su uso, se haga de forma que no atente contra los derechos de los trabajadores y dentro del marco del Reglamento de la UE sobre protección de datos y de la LO española de 2018 para la adaptación a aquel de la regulación española.

En la prensa española³⁸ se ha hablado recientemente de la plataforma americana *Clearview*.³⁹ Se trata de una aplicación de búsqueda que, al parecer, emplean tanto el FBI como un alto número de departamentos de policía y agencias gubernamentales de EE.UU. Es, en esencia, una base de datos con más de 30 000 millones de imágenes obtenidas de internet (*Twitter, Google, Facebook o YouTube*).

Su labor es someter las imágenes en su poder a un estudio biométrico para luego ser utilizadas en comprobaciones para investigar delitos. Su uso se ha prohibido en varios países y es ilegal en la UE. Cuando las mencionadas redes sociales descubrieron que la empresa había recopilado fotos de sus sitios web, al pedirles que las eliminaran se negaron justificando que solo habían accedido a fotos públicas y, además, recalcaron que su tecnología no está destinada al público en general, sino solo a las fuerzas del orden público.

No es la única. En internet se localiza fácilmente otras plataformas que ofrecen servicios similares como por ejemplo, *Lux and Face SDK*. Esta empresa publicita su actividad enumerando los distintos servicios que puede prestar⁴⁰ y los sectores que los emplean.⁴¹

³⁷ El 23 de noviembre de 2023.

³⁸ Aparece un extenso reportaje sobre esta aplicación en la *Revista Semanal del diario ABC*, No. 1880, del 5 al 11 de noviembre de 2023.

³⁹ La empresa se publicita en español en su página web www.clearview.ai, en la que se publicitan sus éxitos en investigaciones policiales. Por ejemplo, reconociendo a personas participantes en el asalto al Capitolio norteamericano, o identificando al responsable de un crimen y exonerando así a otra persona injustamente acusado de él.

⁴⁰ Así, reconocimiento de expresiones faciales, reconocimiento automatizado de género y edad en fotografías y videos, reconocimiento de video en vivo, detección de 70 rasgos faciales, reconocimiento facial estable y resistente a las condiciones de iluminación, etcétera.

⁴¹ Empresas de seguridad e identificación biométrica, industria del entretenimiento, bancos, industria médica y cosmética, organizaciones policiales y militares, entidades gubernamentales, municipales y comerciales, universidades para investigaciones científicas, etcétera.

Es evidente que la consecuencia inmediata es que conviene preocuparse de que todo este campo esté bien regulado y se impidan las contravenciones de los derechos de las personas.

4.2. LA PROPUESTA DE REGLAMENTO DE LA UE SOBRE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Como es habitual en la UE, las propuestas de nuevas normas comunitarias llevan su tiempo y este nunca es breve. En abril de 2021, la Comisión presentó una propuesta de reglamento de Inteligencia Artificial (IA), y es ahora, a finales de 2023, cuando el Consejo y el Parlamento han acordado provisionalmente un Proyecto de Reglamento sobre la IA. La propia Unión se felicita por lo que entiende que es un hito histórico, ya que será la primera ley en el mundo sobre esta materia. Sin embargo, hay que matizar que aún no hay un texto definitivo del Reglamento y que cuando esté, no se prevé que entre en vigor hasta dos años después de su publicación.

De hecho, al momento de redactar este estudio, aún no hay un texto definitivo publicado del Reglamento, si bien se conocen diferentes versiones previas y que el debate ha sido muy intenso. Por ello, lo que a continuación se diga sobre su contenido, o bien se trata de líneas muy generales que no será fácil que cambien en el texto definitivo y en puntos más concretos es posible que el texto definitivo tenga algún cambio.

Pese a lo dicho, no hay duda de que merece la pena dar noticia de cómo se plantea este nuevo reglamento, y alguna pincelada sobre cómo puede afectar al derecho a la propia imagen.

El objetivo general que se pretende lograr con él es garantizar que los sistemas de la IA que se introduzcan en el mercado europeo y todos los que se empleen en todo su ámbito geográfico sean seguros, que respeten los derechos fundamentales y los valores europeos.

Se clasifican los diferentes sistemas de IA según su grado de riesgo. Los de riesgo limitado están sujetos a obligaciones de transparencia leves. Los de alto grado de riesgo para los derechos fundamentales de las personas están prohibidos, así, por ejemplo, la manipulación cognitiva conductual, el rastreo indiscriminado de imágenes faciales sacadas de internet o de circuitos cerrados de televisión, el reconocimiento de emociones en los lugares de trabajo y en las instituciones de enseñanza, la puntuación

ciudadana, la categorización biométrica⁴² para deducir datos sensibles, como la orientación sexual o las creencias religiosas, y algunos casos de vigilancia policial predictiva de personas.

Con todo, la prohibición tiene algunas excepciones respecto del uso de la IA con fines policiales. Dichas excepciones deben estar enumeradas de manera limitativa, y definidas con precisión, en las que su utilización es estrictamente necesaria para lograr un interés público esencial, cuya importancia es superior a los riesgos. Estas situaciones son la búsqueda de posibles víctimas de un delito, incluidos menores desaparecidos; determinadas amenazas para la vida o la seguridad física de las personas o amenazas de atentado terrorista; y la detección, la localización, la identificación o el enjuiciamiento de los autores o sospechosos de los delitos mencionados en la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, si la normativa del Estado miembro implicado señala una pena o una medida de seguridad privativas de libertad cuya duración máxima sea de al menos tres años.⁴³

Para mayor garantía se establecerán para esas utilizaciones excepcionales de sistemas de identificación biométrica remota "en tiempo real" en espacios de acceso público con fines de aplicación de la ley para cualquiera de los objetivos mencionados, ciertas salvaguardas y condiciones necesarias y proporcionadas. Así, la supeditación a la concesión de una autorización previa por parte de una autoridad judicial o una autoridad administrativa independiente del Estado miembro donde vaya a utilizarse dicho sistema, que la otorgarán previa solicitud motivada y de conformidad con las normas detalladas del Derecho interno. No obstante, en una situación de urgencia debidamente justificada, se podrá empezar a utilizar el sistema sin autorización, siempre que se solicite dicha autorización sin demora indebida mientras se esté utilizando el sistema de IA y que, en caso de que se deniegue la autorización, deje de utilizarse el sistema inmediatamente.

La autoridad judicial o administrativa competente, únicamente concederá la autorización cuando esté convencida, atendiendo a las pruebas objetivas o a los indicios claros que se le presenten, de que el uso del sistema de identificación biométrica remota "en tiempo real" es necesario y proporcionado para alcanzar

⁴² La Propuesta de Reglamento define los datos biométricos como datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos. El "sistema de categorización biométrica", funciona como un sistema de IA destinado a asignar a las personas físicas a categorías concretas en función de sus datos biométricos.

⁴³ Considerando 19.

alguno de los objetivos que figuran en el propio Reglamento, lo cual se indicará en la solicitud.

Algunos de estos sistemas están directamente relacionados con la imagen de las personas, como es el rastreo de imágenes en internet y la categorización biométrica.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁLVAREZ OLALLA, P., "Intromisión legítima en el derecho a la intimidad de víctima de delito, e ilegítima en el derecho a la propia imagen. Fotografía tomada de Facebook para su utilización en un medio de información. Comentario a la STS de 15 de febrero de 2017 (RJ 2017, 302)", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, No. 104, mayo-agosto 2017, pp. 445 y ss.
- AZURMENDI ADARRAGA, A., *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, Civitas, Madrid, 1999.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., "Uso de imagen tomada de perfil de Facebook para ilustrar una noticia de interés público: nuevo comentario de la STS (pleno) No. 91/2017, de 15 de febrero, en *Actualidad jurídica iberoamericana*, No. 6-1, 2017, pp. 278-291.
- DÍAZ ALABART, S., "Reflexiones sobre el Derecho constitucional a la intimidad familiar", en L. B. Pérez Gallardo, C. M. Villabella Armengol y G. Molina Carrillo, *Derecho familiar constitucional*, Mariel, Puebla, 2016.
- FAYOS GARDÓ, A., *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2000.
- FAYOS GARDÓ, A., "Los derechos a la intimidad y a la propia imagen: un análisis de jurisprudencia española, británica y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *InDret* 2007, pp. 1-21.
- FLORES ANARTE, L., "Facebook y el derecho a la imagen: Reflexiones en torno a la STC 27/2020, de 24 de febrero", *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, Vol. 68, No. 1, 2020, pp. 335-376.
- HORTAL VEGA, F. J., "El conflicto entre las libertades comunicativas y otros DDFF comunicativas en redes sociales: un estudio jurisprudencial en el orden civil", *Aranzadi Doctrinal*, No. 9.
- JIMÉNEZ ALEMÁN, A., "Comentario al art. 18, 1 CE", en L. Cazorla Prieto (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. I, Thomson Aranzadi, Cizur menor (Navarra), 2018.
- MARTÍNEZ OTERO, J. M., "Derechos fundamentales y publicación de imágenes ajenas en las redes sociales sin consentimiento", *Revista española de Derecho Constitucional*, No. 106, pp. 119-148.

- NAVAS SÁNCHEZ, María del Mar, "El uso informativo de la imagen, imágenes inocuas, hechos 'noticiales' o de cuán relevante ha de ser la imagen en cuanto información gráfica", *InDret*, enero 2017, p. 11.
- ORTÍZ FERNÁNDEZ, M., "La configuración del derecho a la propia imagen y su delimitación frente a otros derechos: implicaciones de las tecnologías de la información", *Revista de Derecho Privado*, enero-febrero 2022.
- RODOTÀ, E., "Controllo e privacy della vita quotidiana Della tutela della vita privata alla protezione dei dati personali", *Rivista Critica del Diritto Privato*, Año XXXVII-1, marzo 2019.
- RODRÍGUEZ ROSADO, B., "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2016 (485/2016). Protección del derecho a la intimidad de los personajes públicos. Conflicto con la libertad de información, que no abarca los aspectos de su vida sentimental", en M. Yzquierdo Tolsada (dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina civil y mercantil*, Vol. 8, Dykinson, BOE, Colegio de Registradores, Madrid, 2016.
- TRAVÉ VALLS, A., "Nuevos escenarios, misma doctrina: derecho a la propia imagen y derecho a la información con ocasión del uso de las redes sociales. STC 27/2020 de 24 de febrero", *Revista de Derecho Civil*, Vol. IX, No. 3, julio-septiembre 2022, pp. 379-398.
- VALDECANTOS, M., "Derecho a la propia imagen y derecho a la información: Las redes sociales como fuente para los medios tradicionales de comunicación y la STS 91/2017, de 15 de febrero", *Actualidad Civil*, No. 3, 2017, pp. 98-104.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., "Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad, propia imagen)", en Reglero Campos y Bustos Lago (coords.), *Tratado de responsabilidad civil, II*, Pamplona, 2014, pp. 1365-1498.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., "Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2017 (91/2017). Si una fotografía es accesible al público por haberse subido a Facebook, ello no legitima a un tercero para publicarla en un medio de comunicación sin consentimiento", en M. Yzquierdo Tolsada (dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, Vol. 9 (2017), Dykinson, Madrid, 2018, págs. 347 y ss.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., "Comentario a la STC de 19 de diciembre de 2019 (697/2019). De nuevo acerca del derecho a la propia imagen cuando ésta se toma del perfil público de una red social", en M. Yzquierdo Tolsada (dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, Dykinson, Madrid, 20 pp.

Recibido: 3/11/2023
Aprobado: 6/1/2024